

MARCELO CAMATA PEREIRA

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

**Monografia apresentada como
requisito parcial à conclusão da
Faculdade de Direito do Setor de
Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2001**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARCELO CAMATA PEREIRA

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel na Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º Sérgio Cruz Arenhart
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Presidente:

Membro examinador:

Membro examinador:

Curitiba
2001

*Agradecimentos
ao Prof. Sérgio, pela orientação.
Aos amigos, pelo debate de idéias.
A meus pais, pelo apoio reconfortante*

*A justiça atrasada não é Justiça,
senão injustiça qualificada e manifesta.*

Rui Barbosa

SUMÁRIO

RESUMO	vi
I – INTRODUÇÃO	1
II – TUTELA ANTECIPADA	6
2.1 – NATUREZA JURÍDICA	6
2.2 – ÂMBITO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA	7
2.3 – PRESSUPOSTOS	9
2.4 – VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E PROVA INEQUÍVOCA	11
2.5 – URGÊNCIA E ABUSO DO DIREITO DE DEFESA	14
2.6 – IRREVERSIBILIDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	16
III – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DO PODER PÚBLICO	20
3.1 – DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	20
3.2 - CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS QUE PROÍBEM A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA	25
3.3 - A QUESTÃO DOS PRECATÓRIOS	28
3.4 - DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (art. 475, inciso II, do CPC)	31
IV – CONCLUSÃO	35
V – BIBLIOGRAFIA	39

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo da tutela antecipada, previsto genericamente no art. 273 do Código de Processo Civil, analisando a possibilidade de sua aplicação contra a Fazenda Pública em ações condenatórias. Um dos temas mais importantes no estudo do Direito Processual é o da efetividade do processo. O cidadão, com base no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, tem direito à prestação de uma tutela efetiva. É necessário buscar formas diferenciadas de tutela, para que seja possível atender adequadamente todos os direitos. Nesse sentido, a antecipação de tutela apresenta-se como um dos meios mais úteis para agilizar o processo, amenizando os danos advindos da morosidade processual. Neste estudo analisa-se os aspectos teórico e prático da tutela antecipada, discorre-se sobre sua natureza jurídica, o âmbito de aplicação, os pressupostos e critica-se os óbices opostos contra aplicação em face do Poder Público.

I - INTRODUÇÃO

O tempo é inerente ao processo. “A própria palavra processo (de *procedere* = seguir avante) traz ínsito que o tempo é um dos elementos inafastáveis à atividade processual”¹.

O processo, não raro, causa prejuízo ao litigante. Durante o desenvolvimento do processo, até que se efetive a prestação jurisdicional, o bem da vida objeto do litígio pode sofrer danos, a ponto de tornar inútil o provimento final.

Como preleciona MARINONI, a “demora na obtenção do bem significa sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora no processo maior será o benefício conferido ao réu”². Assim o processo pode tornar-se instrumento de injustiça contra aqueles que tudo tem a perder com a demora.

A instantaneidade do provimento jurisdicional de mérito não é possível, porque o desenvolvimento das atividades indispensáveis para a realização da jurisdição pelo Estado, tanto no processo de cognição quanto no processo de execução, reclama tempo. Daí o perigo da situação de fato alterar-se de tal modo, a tornar ineficaz o provimento, pois o prejuízo já teria sido concretizado.

¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação da Tutela no Processo Civil, pág.

² MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. pág. 137.

O processo tem demonstrado ser um instrumento moroso, incapaz de proporcionar uma justiça célere e eficaz. Como assevera LUIZ GUILHERME MARINONI “ muitas vezes a pendência do processo pode ser mais incômoda do que uma sentença desfavorável, pois o estado de ansiedade que a falta de definição provoca, pode ser mais difícil de ser administrado, para algumas pessoas, do que os efeitos de uma decisão contrária”³.

A morosidade sempre ‘ prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem”⁴.

O direito processual, com o intuito de combater os efeitos nocivos da eternização dos processos, apresenta medidas de urgência, capazes de conceder àquele que teve seu direito lesado ou ameaçado de lesão, uma proteção antecipada, para assegurar a ordem jurídica, até que o provimento final componha o conflito de interesse.

Como medida de justiça, necessária é a redistribuição do ônus do tempo no processo. Por isso, impõem-se formas diferenciadas de tutela. Com esse escopo, a antecipação dos efeitos práticos da tutela.

No instituto da antecipação da tutela convivem os direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. Como ensina Athos Gusmão Carneiro a “antecipação de tutela contribui, outrossim, decisivamente para harmonizar direitos fundamentais (ou conjunto de direitos) que soem apresentar-se em antagonismo: de uma parte, o consagrado direito à segurança jurídica, pela qual a decisão dos conflitos supõe a cognição exauriente, após

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas Linhas do Processo Civil, pág..99

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Anteciapatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata. pág. 23.

amplo contraditório sob o devido processo legal, com plenitude de defesa e do uso de recurso (CF, art.5, LIV e LV); de outra parte, o direito de acesso a Justiça (CF, art.5, XXXV)".⁵

REIS FRIEDE ressalta que: "Se, por um lado, a própria segurança ampla do devido processo legal determina (...) a necessidade de um considerável lapso temporal para a sua completa efetivação, por outro, resta em oposição, a imperiosa expectativa social de uma solução verdadeiramente célere para o conflito de interesses que atinge as partes em litígio e que, sob certa ótica, ousa desafiar a perene paz social almejada por toda a coletividade".⁶

Hoje, à luz dos valores e das necessidades contemporâneas, entende-se que o direito a prestação da tutela jurisdicional, decorrente do princípio da inafastabilidade, expresso no art. 5.º, da CF, é o direito a uma prestação efetiva e eficaz.

Para que o princípio da inafastabilidade seja plenamente aplicado, a tutela deve ser efetiva e eficaz. Nesse passo, a tutela antecipatória apresenta-se como um instituto com base constitucional.

A eficácia do processo depende da possibilidade do provimento produzir transformação no mundo dos fatos, gerando a satisfação do credor.

⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação da Tutela no Processo Civil, pág.

⁶ FRIEDE, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar. pág.27/28.

Extrai-se dos ensinamentos de Chiovenda⁷, que o processo será efetivo, se for capaz de proporcionar ao credor a satisfação da obrigação como se ela tivesse sido cumprida espontaneamente pelo devedor, dando ao credor tudo aquilo a que ele tem direito.

Um dos pontos polêmicos que envolve o instituto da antecipação de tutela, que tem suscitado elevado grau de discordância na doutrina é o que diz respeito ao cabimento contra a Fazenda Pública.

Parte da doutrina que defende a não admissão levanta o argumento de que não pode ser eficaz a decisão proferida contra a Fazenda Pública, se não passou pelo crivo do duplo grau de jurisdição.

Outro argumento utilizado por essa corrente doutrinária, para justificar a não admissão da antecipação de tutela contra o Poder Público, é baseado no art. 100 da CF, que condiciona a execução contra a Fazenda Pública à sentença e que os pagamentos devem ser feitos respeitando a ordem dos precatórios.

Para combater esses argumentos, a doutrina que defende posição oposta, tem como principal argumento a efetividade do processo. Quanto ao sistema dos precatórios defende-se que a decisão interlocutória que concede a Antecipação de tutela estaria apta a ordenar desde logo a expedição do precatório, ficando a quantia obtida à disposição do juízo.

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Dell' azione nascente dal contratto preliminare. *Saggi di diritto processuale civile*. p.110

No que tange ao duplo grau de jurisdição, diz-se que o art. 273 demonstra a opção do legislador pela efetividade da justiça em detrimento da segurança. Além disso o art. 475 refere-se literalmente a sentença.

O trabalho tem o escopo de analisar alguns aspectos do instituto da antecipação de tutela, previsto no art. 273 do CPC, com enfoque na possibilidade de admissão desta medida de urgência em demandas condenatórias de soma em dinheiro contra a Fazenda Pública.

II - TUTELA ANTECIPADA

2.1 - NATUREZA JURÍDICA

Diverge a doutrina sobre a natureza jurídica da tutela antecipada. Contudo, é majoritário o entendimento de que não se trata de tutela cautelar.

Embora apresentem relevantes pontos de contato, diferem a tutela cautelar e a tutela antecipada em sua natureza jurídica, especialmente em razão da finalidade a que se destinam.

Ambas são tutelas de urgência, têm caráter provisório, baseiam-se em cognição sumária e não tem autoridade de coisa julgada. No entanto a tutela antecipada distancia-se da tutela cautelar por não ter caráter instrumental nem referir-se a um processo principal. Aquela implica adiantamento de efeitos da sentença de mérito, enquanto esta limita-se a assegurar a pretensão, garantindo o resultado útil do processo principal.

Preleciona NELSON NERY JUNIOR, que “Tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito é providência que tem natureza jurídica de execução lato sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou os seus efeitos. É tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento”.⁸

2.2 - ÂMBITO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

O instituto da antecipação de tutela está previsto, em caráter geral, no art. 273 do CPC, Livro I, que trata do processo de conhecimento. Assim, em tese, a antecipação de tutela é admissível em toda ação de conhecimento.

No que respeita às ações condenatórias, não há dúvida que é o campo mais adequado á antecipação de tutela.

As dúvidas surgem quando se pretende estender a antecipação para as ações declaratórias e constitutivas.

A princípio, a antecipação de tutela não se harmoniza com a finalidade da ação declaratória, pois o juiz não pode declarar provisoriamente a existência de uma relação jurídica. A declaração, para ser revestida de segurança ou certeza, não pode ser provisória e revogável.

Assim, a eficácia declaratória não pode ser antecipada. No entanto, nada impede que se antecipe alguns efeitos práticos decorrentes do pedido de declaração.

Um exemplo de adiantamento de efeitos práticos do provimento final, em ação declaratória é dado por MARINONI, “quando o sócio discute, em uma ação declaratória, sobre a qualidade da sua

¹ NERY JUNIOR, Nelson. Procedimentos e tutela antecipatória, in *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, p. 383

participação na sociedade, ele pode requerer tutela antecipatória para participar da sociedade nos termos em que é pedida a declaração”⁹.

Também, a aplicação da tutela antecipada nas ações constitutivas parece encontrar obstáculos, uma vez, que a constituição ou desconstituição não pode ser provisória. No entanto, vale para as ações constitutivas o mesmo que foi dito para as ações declaratórias.

Assim, inadmissível a antecipação da eficácia constitutiva, mas nada impede a antecipação de efeitos práticos satisfativos, eventualmente decorrentes, nas ações constitutivas.

Um exemplo dado por JOÃO BATISTA LOPES, “ o acionista ilegalmente excluído da distribuição de dividendos em sociedade anônima pode obter a suspensão provisória da punição, quando demonstrados os requisitos do art. 273 do CPC, mas não pode à evidência, pedir a anulação antecipada do ato”¹⁰.

Conclui-se que não há incompatibilidade entre a natureza e a função das ações declaratória e constitutiva e a antecipação de efeitos práticos de ordem emanada do juiz.

Vale lembrar, que na classificação das sentenças, na teoria de Pontes de Miranda¹¹, não se leva em conta uma única eficácia, mas, sim, considera-se aquela que é preponderante, porque toda sentença reúne uma multiplicidade de eficácias. A sentença não se peculiariza

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva. *In Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*. p.277

¹⁰ LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. p.51

¹¹ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado das ações, I, p. 117-146

por gerar um único efeito, só declaratório ou só condenatório, o que a identifica é o efeito que prevalece sobre os demais.

À luz dessas considerações, nada impede um provimento mandamental no curso de uma ação constitutiva ou declaratória.

2.3 - PRESSUPOSTOS

Diz o art. 273, do CPC:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.”

Da leitura do art. 273, do CPC retiram-se os pressupostos da antecipação da tutela. O instituto depende de prova inequívoca, que convença o juiz da verossimilhança da alegação. Ainda, tais pressupostos devem conjugar-se com fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou com o abuso do direito de defesa.

Como pressuposto negativo está a proibição da antecipação de tutela quando puder causar consequências irreversíveis.

O caráter de provisoriedade pode ser visualizado pela possibilidade do provimento ser revogado ou modificado a qualquer tempo, no curso do processo.

A norma extraída do § 5.º, segundo a qual, concedida ou não a tutela antecipada, prosseguirá o processo até final julgamento, indica a natureza de decisão interlocutória do provimento, sujeito, portanto, ao recurso de agravo.

2.4 - VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E PROVA INEQUÍVOCA

Na conceituação de AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA¹², verossímil é semelhante a verdadeiro, que parece verdadeiro, ou seja, o que tem probabilidade de ser verdadeiro.

A verossimilhança, em sua importância jurídica, apresenta-se como a forte probabilidade de que as questões de fato e de direito alegadas pelo autor realmente existam.

A verossimilhança do direito alegado é o elemento nuclear da antecipação de tutela.

Prova inequívoca é a prova convincente, que não permite equívoco, engano, dotada de alto grau de convencimento, capaz de não deixar dúvida razoável.

Segundo MARINONI, a “denominada prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança da alegação, somente pode ser entendida como a prova suficiente para o surgimento do verossímil, entendido como o não suficiente para a declaração da existência ou inexistência do direito”¹³.

Quer parecer que a prova inequívoca só pode ser auferida pelo magistrado ao analisá-la, ou seja, é a prova que possibilite a formação do convencimento do juiz.

¹² AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA FERREIRA¹² (in “ Novo Dicionário da Língua Portuguesa” 1ª Edição, 3ª impressão Editora Nova Fronteira)

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. pág. 155

Segundo os ensinamentos de MARINONI, na apreciação da verossimilhança o juiz deve considerar: “(i) o valor do bem jurídico ameaçado; (ii) a dificuldade do autor provar a sua alegação; (iii) a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação e (iv) a própria urgência descrita”¹⁴

A respeito da contradição terminológica verificada entre os termos “prova inequívoca” e “verossimilhança” discorre CÂNDIDO R. DINAMARCO: “A dar passo ao sentido literal do texto, seria difícil interpreta-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívoco ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como descreve o autor. Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança”¹⁵.

Esclarece o autor que a “probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. A probabilidade é menos que a certeza, porque, lá, os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, em que na mente do observados os motivos convergentes e os

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. pág. 156

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil.. pág. 143

divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar”.¹⁶

É muito difundida a idéia de que o juízo de probabilidade apresenta graus diferenciados. A maior parte da doutrina entende que devido à alusão à prova inequívoca da alegação, a verossimilhança exigida no texto da lei diferencia-se do *fumus boni iuris* (próprio da tutela cautelar) em termos de gradação do juízo de probabilidade da existência do direito alegado. A exigência da prova inequívoca que significar que a mera aparência não basta que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni iuris* exigido para a tutela cautelar.

Opinião diversa é defendida por EDUARDO TALAMINI, para quem não parece possível diferenciar o conceito de plausabilidade do direito (*fumus boni iuris*) em cautelar ou em antecipação da tutela. O grau de convencimento do juiz só poderá ser auferido no caso concreto. Prévia e abstratamente não há como diferenciar a plausabilidade do direito em um ou em outro instituto.

Reproduz-se a lição de TALAMINI:

“Fica descartada, assim, a existência de gradação prévia e abstrata do requisito da plausabilidade, em cada uma das hipóteses legais de tutela de urgência.

O maior ou menor grau de plausabilidade que se vai exigir decorrerá de circunstâncias concretas. O requisito da plausabilidade do direito está em necessária correlação com o

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. pág. 339

risco de ineficácia do provimento final – e ambos se colocam em uma razão inversamente proporcional: quanto maior o periculum in mora, menor grau de probabilidade do direito invocado será necessário para a concessão da medida, e vice-versa. E a aferição do perigo na demora não tem como ser feita em uma perspectiva unilateral. Não se ponderam apenas os riscos da demora que o beneficiário da medida corre, caso ela não seja concedida, mas também os riscos de igual espécie que o adversário sofrerá, se a providência for deferida (considerando, para ambos os lados, o perigo da irreversibilidade e a relevância dos bens jurídicos envolvidos). Aliás, a duplicidade de perspectivas põe-se igualmente no exame da probabilidade do direito: pondera-se plausibilidade das alegações de ambas as partes. Todos esses fatores serão conjuntamente balanceados. O grau de plausibilidade concretamente exigido para a concessão da medida de urgência, portanto, é variável. Mas tal variação não se subordina abstratamente ao fundamento legal da concessão e sim, à circunstância de não se tratar de um requisito que possa ser isoladamente considerado”.¹⁷

2.5 - URGÊNCIA E ABUSO DO DIREITO DE DEFESA

A presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou a inequívoca caracterização do abuso de direito de defesa do réu constituem pressupostos alternativos que autorizam a concessão da antecipação de tutela.

Ensina CALMON DE PASSOS, que na antecipação de tutela o magistrado deve considerar a “necessidade de antecipação da eficácia

¹⁷TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Direitos de Fazer e de Não Fazer. p. 353

do julgado porque se não deferida, haverá risco de ocorrerem, para o autor, danos que serão eliminados, se antecipação houver. Risco objetivo, sem se considerar o comportamento do réu, sua culpa, seu dolo, sua contribuição para que os danos venham a existir”¹⁸.

O fundado receio de dano significa o temor justificado que possa ser objetivamente demonstrado com fatos e circunstâncias e não apenas uma preocupação subjetiva.

NELSON NERY JUNIOR afirma que “nem sempre a tutela antecipada tem como móvel a urgência (CPC 273 I), pois pode ser concedida quando houver abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu (CPC 273 II), que nada tem a ver com a urgência, mas sim com a efetividade do processo, como forma de garantir ao autor os efeitos da tutela pretendida pelo simples fato de o réu estar se utilizando do processo com propósito protelatório”¹⁹.

Quanto ao abuso do direito de defesa a voz doutrinária de CARREIRA ALVIM diz que haverá abuso de direito de defesa por parte do réu quando este apresenta defesa inconsistente, ou porque a matéria verificada na petição inicial apresenta-se de tal forma inconcussa, *prima facie*, que não comporta aprofundada discussão, (...) ou qualquer comportamento do réu que possa demonstrar ser ele litigante de má fé, como por exemplo, deduzir defesa contra texto expresso em lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; proceder de modo temerário

¹⁸ CALMON DE PASSOS, J.J. Inovações no CPC. p. 10

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. Atualidades Sobre o Processo Civil. p. 68

em qualquer incidente do processo, e a já mencionada resistência injustificada ao andamento do processo”²⁰.

A conduta processual do réu que abusa do direito de defesa é um dos motivos ensejadores da tutela de urgência. Caracteriza-se o abuso de direito de defesa quando o réu utiliza expedientes impertinentes, não raro de má-fé, com o objetivo de protelar o desfecho do processo, beneficiando-se com a manutenção do status quo.

2.6 - IRREVERSIBILIDADE E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O legislador impõe como condição para o deferimento da tutela, que a antecipação dos efeitos não seja irreversível, ou seja, só é possível conceder a tutela, quando há possibilidade do retorno ao status quo ante.

A irreversibilidade, como óbice à medida de urgência, refere-se aos efeitos da tutela pretendida e, portanto, uma irreversibilidade fática. No mundo jurídico sempre haverá a reversibilidade, o que não ocorre no mundo fático.

O provimento antecipado é sempre reversível, seja porque cabível contra ele agravo de instrumento, seja porque, por sua natureza, a tutela antecipada é provisória e revogável. Por isso, a regra do art. 273, § 2.º, somente tem sentido quando entendida a irreversibilidade no plano fático.

²⁰ CARREIRA ALVIM, J.E. A Antecipação de Tutela na Reforma Processual. p. 21

Diz OVÍDIO BATISTA DA SILVA, “ Leia-se irreversibilidade dos efeitos, não irreversibilidade do provimento, como consta nesse parágrafo. O provimento, enquanto decisão provisória, não será irreversível, posto que revogável, embora possa, isso sim, produzir, no plano fático, efeitos irreversíveis”²¹.

Contudo, a regra contida no § 2.º não tem caráter absoluto, pois deve ceder diante do princípio da proporcionalidade, sempre que o interesse que vier a ser prejudicado pela falta de medida de urgência for mais relevante do que aquele que seria afetado pelos efeitos irreversíveis da antecipação.

Pelo princípio da proporcionalidade o juiz , ante o conflito levado aos autos pelas partes, deve proceder à avaliação dos interesses em jogo e dar prevalência àquele que ostentar maior relevância.

Deve-se aferir com razoabilidade os interesses em jogo à luz dos valores consagrados no sistema jurídico. Assim, um conflito entre os direitos fundamentais, v.g. direito à vida, e os direitos patrimoniais deve ser resolvido em favor dos primeiros.

Ainda, nas palavras de OVÍDIO, “casos há, de urgência urgentíssima, em que o julgador é posto ante a alternativa de prover ou perecer o direito que, no momento, apresenta-se apenas provável, ou confortado com prova de simples verossimilhança. Em tais casos, se o índice de plausibilidade do direito for suficientemente consistente aos olhos do julgador, entre permitir sua irremediável destruição ou tutelá-lo com simples aparência, esta última solução torna-se perfeitamente

²¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista. A ‘antecipação’ da tutela na recente reforma processual, *in* Reforma do Código de processo Civil. p.142

legítima. O que, em tais casos especialíssimos, não se mostrará legítimo será o Estado recusar-se a tutelar o direito verossímil, sujeitando seu titular a percorrer as agruras do procedimento ordinário, para depois, na sentença final, reconhecer a existência apenas teórica de um direito definitivamente destruído pela sua completa inocuidade prática”²².

Nesse sentido preleciona MARINONI, “a tutela sumária funda-se no princípio da probabilidade. Não só a lógica mas também o direito à adequada tutela jurisdicional exigem a possibilidade de sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Caso contrário, o direito que tem a maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente lesado”²³

Deve-se levar em consideração, sempre, os interesses em conflito. Nos casos em que o único meio para evitar dano irreparável ao direito mais urgente e relevante do autor, seja a antecipação dos efeitos irreversíveis, não há como colocar óbices ao instituto da tutela antecipada.

Estabelecer na lei, que o juiz está proibido de deferir a tutela quando certamente acarretará danos irreparáveis ao direito do autor, que justamente é o que lhe parece mais provável, é contrariar o princípio da proporcionalidade e impedir a análise das particularidades do caso concreto.

²² *idem*, *ibidem*. p.142

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela na Reforma do processo Civil. p 80

III - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM FACE DO PODER PÚBLICO

Quanto à aplicação da antecipação da tutela nas demandas em face da Fazenda Pública (União, Estados, Municípios e respectivas autarquias e entidades de direito público), entendem alguns que o instituto não se aplica, por dois motivos, primeiro, porque, visando ao pagamento em dinheiro da pessoa jurídica de Direito Público não há possibilidade de ser deferida tutela antecipatória pois somente por precatório é possível a satisfação do débito público e na hipótese de sentença judiciária. Segundo porque as lides contra a Fazenda Pública dependem da confirmação do duplo grau de jurisdição.

O legislador também tem tentado articular normas capazes de restringir a concessão de medidas de urgência contra os interesses públicos. Nesse contexto a medida provisória nº. 1.570/97, editada no governo do atual Presidente Fernando Henrique Cardoso, convertida na Lei 9.494/97, que estendeu as restrições das Leis 4.348/64, 5.021/66 e 8.437/92 à antecipação de tutela contra a fazenda Pública.

Parte-se para análise das restrições impostas, nos planos doutrinário e legislativo, ao instituto da antecipação de tutela em ações condenatórias de soma contra a Fazenda Pública.

3.1 - DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS POR LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A medida provisória 1.570/97, convertida na Lei 9.494/97, passou a disciplinar a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Dispõe o art. 1º dessa Lei que aplica-se à tutela antecipada nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil as seguintes regras:

- a) Não será concedida a medida liminar de mandado de segurança impetrado visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens (Lei 4.348/64, art. 5.º, caput, e Lei 5.021/66, art. 1.º, § 4.º);
- b) Os mandados de segurança a que se refere este artigo serão executados depois de transitado em julgado a respectiva sentença (Lei 4.348/64, art. 5.º, parágrafo único);
- c) o recurso voluntário ou ex officio, interposto de decisão concessiva de mandado de segurança que importe outorga ou adição de vencimento ou ainda reclassificação funcional terá efeito suspensivo (Lei 4.348/64, art. 7.º);
- d) o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença final, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial. Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias (Lei 5.021/66, art. 1.º, caput, § 4.º);

- e) veda-se medida liminar, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de proibição legal (Lei 8.437/92, art.1º, caput);
- f) não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do tribunal (Lei 8.437/92, art.1.º, § 1.º);
- g) não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação (Lei 8.437/92, art.1.º, §3.º);
- h) compete ao presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicos.

Os dispositivos indicados nas alíneas a,e,g utilizam a expressão medida liminar. CALMON DE PASSOS define a liminar da seguinte forma: “Liminar é o nome que damos a toda providência judicial determinada ou deferida initio litis, isto é, antes de efetivado o contraditório (...) A liminar, portanto, não é liminar em função do seu conteúdo, mas em decorrência do momento e das circunstâncias de seu deferimento”²⁴.

²⁴ PASSOS, J.J. Calmon de. Comentários ao código de processo civil, p.18.

A tutela antecipada tem sido confundida com medida liminar, uma vez que, em geral, tem sido concedida no limiar do processo. No entanto a concessão da antecipação de tutela pode ocorrer a qualquer tempo no curso do processo, até mesmo em segundo grau de jurisdição. Portanto, não é correto rotular a tutela antecipada como liminar, uma vez que nem sempre possui essa natureza.

Os óbices mencionados referem-se à medida liminar, deste modo, não abrangem as hipóteses de antecipação em outros momentos do processo, posteriores ao inicial, em que a parte ré ainda não teve oportunidade de apresentar defesa.

Não cabe interpretação extensiva, de modo a abranger até mesmo antecipação de tutela não liminar, uma vez que tais regras representam exceção a garantia geral de tutela jurisdicional, esculpida no art. 5.º, XXXV, CF. Além disso, não há fundamento para a interpretação extensiva, pois outros dispositivos mencionados na Lei. 9.494/97 indicam expressamente que os mandamentos neles contidos aplicam-se também as medidas concedidas não liminarmente, v.g., o art.1.º, § 4.º, da Lei 8.437/92 “concessão de liminar, ou qualquer medida de caráter antecipatório”.

Merece críticas o art. 1.º, § 3.º, da Lei 8.437/92, o qual veda medida liminar que “esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação”.

Escreve EDUARDO TALAMINI: “O objeto da demanda (o reconhecimento e/ou a atribuição de um bem da vida ao autor) jamais será esgotado por qualquer concessão de medida de urgência. O provimento definitivo acerca da razão do demandante sempre restará reservado para o final do processo. É por isso que se afirma que,

juridicamente, o provimento de urgência, vez que provisório, é sempre reversível”.²⁵

A provisoriedade decorre da própria natureza da medida liminar, uma vez que tal providência não pode usurpar funções próprias da sentença.

A tutela antecipada não tem caráter cautelar, mas satisfativo. O ponto marcante do instituto é a viabilização de implementação fática, ainda que parcial, do objeto da ação. Por isso não se justificam as restrições impostas pelo legislador. Tal interpretação levaria a conclusão de que a Lei 9494/97, ao invocar o dispositivo em tela, teria revogado a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Tal conclusão, por absurda, só pode ser desconsiderada.

A interpretação possível que se pode dar ao § 3.º do art. 1.º da Lei 8.437/92 é no sentido de querer-se designar a irreversibilidade dos efeitos do provimento de urgência. Aí a regra seria redundante, visto que o art 273, § 2.º já previa expressa e inequivocadamente a mesma hipótese.

No que respeita aos arts. 5º e 7º da Lei n. 4.348/64, cabe registrar que não se relacionam com a medida de urgência, mas com o momento de eficácia do provimento final. Os dispositivos só permitem a execução depois do trânsito em julgado, pretendem afastar a possibilidade de execução provisória da sentença. O que contraria as tendências do processo civil moderno.

²⁵ TALAMINI, Eduardo. Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. p.127.

Justamente por estarem relacionados com o momento de eficácia do provimento final de procedência e não com a medida de urgência, é que não há razão para estender tais dispositivos à tutela antecipada.

Igualmente inviável é a previsão de que a regra do art.1.º, caput, da Lei 5.021/66 deve aplicar-se à tutela antecipada.

Tratando-se de ações objetivando vantagens patrimoniais, a via do mandado de segurança revela-se inadequada, salvo quando tais vantagens decorrem da anulação de atos ilegais de autoridade. A Súmula 271 do STF diz que o mandado de segurança não serve de instrumento de cobrança de valores referentes a períodos pretéritos. Os créditos vencidos antes da propositura da demanda devem ser pleiteados administrativamente ou pela via judicial própria, qual seja, a demanda condenatória em processo comum de conhecimento.

Ora, a tutela antecipada é incidente processual cuja sede apropriada é o processo de conhecimento. Diante disso, não há razão para estender as restrições que só se compreendem na via estreita e especial do mandado de segurança.

3.2 - CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS QUE PROÍBEM A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA

Número expressivo de autores vêem nas normas infraconstitucionais que restringem a concessão da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública uma atividade reprovável do Estado de constitucionalidade duvidosa.

Assevera JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM, que “dispondo o art.5º, XXXV, da Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, essa norma de superdireito impede que a lei ordinária (ou medida provisória) imponha restrições ao exercício da jurisdição, quando a proibição de liminares possa comprometer a integridade dos direitos subjetivos, expondo seus titulares ao perigo de lesão grave, ou de difícil, ou incerta reparação. A garantia constitucional desdobra-se em duas espécies de tutela: a definitiva e a provisória (ou temporária), cada qual fundada em pressupostos próprios, sem o que o acesso à Justiça não seria completo. O preceito constitucional não alcança a proibição de acesso à Justiça, em termos absolutos, mas toda restrição que relativa, que limite esse acesso, tornando-o insuficiente para garantir, na prática, ao jurisdicionado a necessária proteção ao seu direito”²⁶

Neste sentido MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS diz que não encontram respaldo constitucional medidas do Executivo ou do legislativo que tenham como função específica a de neutralizar o exercício pleno regular do poder geral de cautela conferido ao juiz, resultante de um processo onde os elementos legais o autorizam a

²⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. Medidas liminares e elementos co-naturais do sistema de tutela jurídica. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados. p. 88

deferir a medida que entende ser a correta, colocando por terra vários ordenamentos legais, que rompendo a razoabilidade, impõe restrições à apreciação do Poder Judiciário de reparação imediata, através de uma cognição sumária de ameaça ou lesão a direito subjetivo perpetrada pelo Poder Público”²⁷

A tutela jurisdicional não pode ser embaraçada nem restringida pela lei ordinária. Não atender à urgência da postulação poderá significar a própria frustração do direito, ou por outro giro verbal, será negar a tutela jurisdicional.

As restrições impostas pela lei à tutela antecipada contrariam as tendências do processo civil moderno.

Não obstante, cabe ressaltar que a posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido da constitucionalidade da Lei n.9.494, de 10/09/97, como pode ser visualizado na decisão proferida pelo Min. Celso de Mello:

“O Supremo Tribunal Federal, ao conceder o provimento cautelar requerido na ADC nº 4-DF, proferiu, por expressiva maioria, decisão que foi assim sumulada na Ata de Julgamentos do Plenário: “O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte, o pedido de medida cautelar, para suspender com eficácia ex nunc e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre pedido de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº

²⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da legalidade da antecipação de tutela contra o poder público – controle efetivo dos atos administrativos. ST nº.107 – MAI/98, p. 28

9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e, integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiam. A análise do conteúdo desse pronunciamento da Suprema Corte autoriza, até final julgamento da ação declaratória de constitucionalidade em referência, as seguintes conclusões: (a) incide, unicamente, sobre pedidos de tutela antecipada formulados contra a Fazenda Pública, que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/97; (b) inibe a prolação, por qualquer juiz ou Tribunal, de ato decisório sobre pedido de antecipação de tutela, que, deduzido contra a Fazenda Pública, tenha por pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não, da norma escrita no art. 1º da Lei nº 9.494/97; (c) não se aplica retroativamente os efeitos já consumados (como os pagamentos já efetuados) decorrentes de decisões antecipatórias de tutela anteriormente proferidas; (d) estende-se às antecipações de tutela ainda não executadas, qualquer que tenha sido o momento da prolação de respectivo decisório; (e) suspende a execução dos efeitos futuros, relativos a prestações pecuniárias de trato sucessivo, emergentes de decisões antecipatórias que precederam ao julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do pedido de medida cautelar formulado na ADC nº 4-DF²⁸.

²⁸ DOU, 5 maio 1999, p. 27

3.3 - A QUESTÃO DOS PRECATORIOS

Diz o artigo 100, caput, da Constituição Federal: “À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim”.

O citado artigo não proíbe a expedição de precatório em virtude da decisão que concede a medida de urgência. Como ensina MARINONI, “...não quer dizer que somente é possível a expedição de precatório após o trânsito em julgado da sentença condenatória. (...) Além disso, quando a norma constitucional faz referência à “sentença judiciária”, ela não demonstra qualquer preocupação em não admitir a execução da sentença antes do trânsito em julgado, já que não fala em “sentença transitada em julgado”.

Assevera MANOEL ANTONIO TEIXEIRA FILHO que “...atendido o art.100 da Constituição, não vemos razão (jurídica,ética) para colocar-se o poder Público ao largo da antecipação da tutela, nos casos do inciso II do art. 273 do CPC (mau uso do direito de defesa ou prática de atos com objetivo protelatório). O Poder Público está submetido, sem dúvida alguma, aos mesmos deveres legais impostos às partes; a entender-se de outro modo, estar-se-á causando uma grave lesão a essas regras deontológicas, liberando-se, com isso, insensatamente, o Poder Público para a prática de atos processuais de má fé ou, de

qualquer forma, transgressores dos princípios éticos do processo, como método estatal de solução de conflitos de interesse”.²⁹

Uma solução encontrada pela doutrina foi a da imediata expedição do precatório, que, desse modo, adquiriria preferência na ordem cronológica. Efetuado o pagamento pela Fazenda Pública, em atendimento ao precatório, a respectiva soma ficaria depositada em juízo e somente seria disponibilizada ao credor após a sentença condenatória do Poder Público.

A execução definitiva contra a Fazenda Pública, ou, para celerizar, se venha de aquiescer no tramitar da executividade provisória, não se prestam a pagar à revelia do precatório, pois vedada está a concessividade da antecipatória para liberá-lo.

Todavia, nada impede, que a parte, se presentes os requisitos que engendrariam o deferimento da tutela antecipada, , venha pleiteá-la, não para saltar a fase precatorial, mas, sim, para compelir à sua rápida formação.

Se a parte gozar de juízo de verossimilhança quanto à sua pretensão e, também, de prova inequívoca da afirmação de seu direito, e, por outro lado, a demora lhe for prejudicial ou, ainda, a defesa do ente estatal raiar-se pela mera protelatoriedade, poderá requerer a tutela antecipada, para que, até o trânsito em julgado da sentença, o dinheiro que advirá da condenatividade já tenha sido posto à disposição do juízo, isso via um pleito de formação concomitante do precatório.

²⁹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. Antecipação de tutela & liminares. p.57

Quando houver viabilização prática do precatório, concedido via tutela antecipada, o dinheiro ficará à disposição do juízo até o trânsito em julgado da sentença. Se houver perda da causa pelo autor que havia sido vitorioso com o deferimento da tutela, tal numerário será convertido em renda do Poder Público, voltando-se ao seu cofre.

Enfatiza HUGO DE BRITO MACHADO que "Presentes os pressupostos da antecipação, como ocorre, por exemplo, em ações de repetição de indébito nas quais inexistia controvérsia quanto aos fatos e o direito do autor esteja amparado por precedentes reiterados do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de matéria constitucional, ou do Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de matéria infraconstitucional, o Juiz da causa pode, atendendo a pedido do autor, conceder a tutela antecipada e determinar a expedição do correspondente precatório, com a particularidade de que o valor respectivo, se o pagamento pelo Presidente do Tribunal ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença final, ficará à disposição do Juízo. Transitada em julgado a sentença, determinará, então, a liberação do depósito para o autor que terá sido, assim, poupado da penosa espera que sistematicamente acontece com os que ganham questões contra a Fazenda Pública"³⁰.

No sistema atual é imprescindível o sistema dos precatórios, em respeito a norma constitucional que visa a salvaguardar o erário, no entanto a sua expedição pode ocorrer desde logo, em virtude da decisão que concedeu a antecipação de tutela.

³⁰ MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional antecipada na repetição do indébito tributário, *in* Revista Dialética de Direito Tributário, nº 5, pág. 44.

3.4 - DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (art. 475, inciso II, do CPC)

A tese da não admissibilidade da antecipação da tutela em face do Poder Público, também fundamenta-se na exigência do duplo grau de jurisdição. Afirma-se que se nem a sentença final, proferida com cognição exauriente, estaria apta a produzir efeito imediato nas demandas contra a Fazenda Pública, não há que se falar de tal efeito decorrente de uma decisão provisória e revogável.

Segundo ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, tal argumento não se sustenta, pois “a exigência do duplo grau de refere-se apenas às sentenças porque apenas estas possuem aptidão, exatamente pela prévia cognição exauriente, de adquirir o selo da imutabilidade pelo trânsito material em julgado (art.467); destarte, constitui valiosa garantia para o erário que esta peculiar eficácia somente seja adquirida após a apreciação da causa não só no juízo monocrático como também no juízo colegiado” ³¹.

Para HUGO DE BRITO MACHADO, a interpretação que deve ser dada à norma contida no art. 475, inciso II, do CPC, é no sentido de que a única diferença entre uma sentença proferida contra a Fazenda Pública e outra sentença é de que a primeira independe de apelação para ser reapreciada, medida que visa a proteger o ente público de eventual descuido de seus representantes legais. Escreve o autor: “...tal privilégio não consiste no direito ao duplo grau de jurisdição mas apenas na dispensa de iniciativa recursal da Fazenda Pública. (...) A obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, em se tratando de sentença contra a Fazenda Pública, apenas significa que, vencida esta, considera a apelação sempre interposta, para proteger o ente públi1co

³¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. Cit. , pág. 78

contra a eventual inércia de seus representantes judiciais. Os efeitos da sentença proferida contra a Fazenda Pública são exatamente os mesmos produzidos por uma sentença contra a qual foi interposta a apelação.(...) Vê-se, portanto, que a prevalecer o argumento segundo o qual não é admissível a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública em face do duplo grau de jurisdição, tem-se de entender também incabível a antecipação da tutela em qualquer caso, posto que sempre poderá ocorrer a interposição de apelação. Interposta esta, a sentença somente poderá ser executada depois de confirmada pelo Tribunal." ³².

Favoravelmente à antecipação da tutela, contra a fazenda pública, Luiz Rodrigues Wambier, sustenta que a decisão que concede a tutela antecipada não é sentença, não estando sujeita, portanto, ao que determina o artigo 475, do Código de Processo Civil. Diz: "...nenhum óbice remanesce à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, pois a decisão que concede a medida antecipatória da tutela jurisdicional condenatória não se consubstancia em sentença, essa sim sujeita aos efeitos do art. 475 e à ordem dos precatórios" ³³.

No mesmo sentido EDUARDO TALAMINI escreve: "A exigência geral de reexame necessário em causas que envolvam a Fazenda Pública refere-se apenas à sentença final (CPC, art. 475,II) – e não ao provimento antecipador, que é decisão de cunho interlocutório (ainda quando proferido simultaneamente à sentença e veiculado no mesmo documento que esta), emitida em caráter de urgência"³⁴.

³² MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional antecipada na repetição de indébito tributário *in* Revista dialética de direito tributário, nº5, p.45

³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Antecipação de tutela e desapropriação indireta *in* Aspectos polêmicos da antecipação de tutela. p.295

³⁴ TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Direitos de Fazer e de Não Fazer. p. 359

Contra o argumento da não admissibilidade da antecipação da tutela em face da Fazenda pública MARINONI levanta o argumento da efetividade da tutela jurisdicional. Diz o autor: "... não parece, sob pena de inconstitucionalidade, que o artigo 475 possa impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública. Nos casos de "fundado receio de dano" e de "abuso de direito de defesa" é possível a produção antecipada dos efeitos da tutela final, já que o autor que tem razão não só não pode ter o seu direito lesado (direito à efetividade da tutela jurisdicional) em virtude da demora do processo, como também não pode ser obrigado a suportar, no caso de direito evidente e fragilidade da defesa, o tempo da justiça (direito à tempestividade da tutela jurisdicional).³⁵

Nesse sentido TEORI ALBINO ZAVASKI, questionando-se sobre a possibilidade da efetividade do processo sobrepor-se à segurança jurídica, inclusive para os fins de inaplicabilidade do art. 475 do CPC, afirma que "A resposta é certamente positiva e decorre do próprio sistema agora instalado no direito processual. O legislador, ao construir a solução normativa para dirimir as tensões entre o direito à efetividade do processo e o direito à segurança jurídica, criou mecanismos de prevalência do primeiro. Ora, essa opção do legislador deverá ser considerada, daqui por diante, como princípio de interpretação das demais normas do sistema processual. Ou seja, as normas processuais deverão ser interpretadas e aplicadas em conformidade com o referido princípio, de modo a que se obtenha, do ponto de vista sistemático, resultados convergentes e direcionados a alcançar o valor jurídico privilegiado".³⁶

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Antecipação da Tutela*. p. 212

³⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do Código de Processo Civil*, p. 154/155.

O duplo grau refere-se à sentença (art. 475 do Código de Processo Civil) e não às interlocutórias, como sói acontecer com as decisões concessivas de tutelas antecipadas. E assim o é por uma razão singela, a de que a antecipatória é revogável, a qualquer tempo (art. 273, § 4º, do mesmo diploma legal), e, desse modo, não exige qualquer outro mecanismo, qual se dá com a remessa de ofício ou com a interposição de recurso voluntário. Bastando ao magistrado, diante de um contexto probatório mais denso ou, ainda, em casos de mudança radical na interpretação da norma pelos Tribunais Superiores, vir a revistar seu posicionamento anterior.

IV - CONCLUSÃO

O tempo é dimensão fundamental do processo, no entanto a morosidade causa angustia aos litigantes e apresenta-se como grande adversária da efetividade do processo.

O Estado, no momento em que proibiu a autotutela, chamou para si o poder-dever de compor as situações, em que há lide, de forma efetiva. O cidadão tem, não somente um direito abstrato de ação, mas direito a uma efetiva tutela jurisdicional. Hoje, é essa a interpretação que se deve extrair do princípio da inafastabilidade.

Nessa perspectiva, em consonância com as tendências do processo civil moderno está o instituto da antecipação de tutela.

A tutela antecipada deve ser concedida quando estiver presente evidente razoabilidade das alegações do autor e, também, quando houver perigo na demora da prestação jurisdicional da tutela final.

Alguns óbices são colocados, nos planos legislativo e doutrinário, quanto ao cabimento da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública.

Os principais óbices apontados pela doutrina à tutela antecipada no sistema processual brasileiro são os seguintes: (a) o reexame necessário, nos termos do artigo 475 do CPC; (b) o sistema constitucional dos precatórios, artigo 100 da CF; (c) a legislação federal editada a respeito da antecipação de tutela contra a Fazenda Pública - Lei 9494/97.

Contra tais argumentos levanta-se a boa doutrina.

Com a edição da Lei 9.494/97, que estendeu ao instituto da tutela antecipada as mesmas restrições constantes do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da liminar em mandado de segurança, bem como da tutela cautelar, reconheceu-se, o cabimento deste instituto contra a Fazenda Pública, superando todos aqueles óbices legais referidos na doutrina. Fosse descabida a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não haveria preocupação em disciplinar ou restringir sua incidência nas ações movidas em face do Poder Público.

Como ensina TALAMINI, “Qualquer dúvida acerca do cabimento da tutela antecipada contra os entes públicos ficou definitivamente superada com a edição da Lei 9.494/97 (resultado da conversão da Medida Provisória 1.570/97), que pretendeu estabelecer limites à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública: só se limita aquilo que é possível”.³⁷

A regra geral de reexame necessário em causas que envolvam a Fazenda Pública não constitui óbice a antecipação de tutela, pois a regra do artigo 475, inciso II, refere-se à sentença final e não ao provimento antecipador, que é decisão interlocutória.

O sistema constitucional dos precatórios é indispensável quando se trata de execução antecipada de soma, no entanto nada impede que o precatório seja expedido desde logo, em virtude da decisão que concedeu a antecipação de tutela.

³⁷ TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Direitos de Fazer e de Não Fazer. p. 358

De qualquer forma os argumentos contrários a admissão da tutela antecipada em face do Poder Público não resistem aos princípios de isonomia e efetividade do processo.

Diz MARINONI: “ Se é possível a tutela antecipatória contra o particular, nada deve impedir a tutela antecipatória contra a Fazenda Pública”.³⁸

Sempre haverá uma margem de risco nas decisões baseadas em juízo de plausibilidade, no entanto, tal risco pode ser suportado em nome da efetividade. Como ensina Athos G. Carneiro, “pode o juiz errar ao decidir sobre a antecipação da tutela, mas também não será infalível ao sentenciar, para corrigir tais eventuais erros a lei põe (e até com demasia) recurso à disposição dos sucumbentes”³⁹.

Assevera MARINONI que: “Admitir que o juiz não pode antecipar a tutela, quando a antecipação é imprescindível para evitar um prejuízo irreversível ao direito do autor, é o mesmo que afirmar que o legislador obrigou o juiz a correr o risco de provocar um dano irreversível ao direito que justamente lhe parece mais provável”.⁴⁰

Por tais razões, não há como, na atualidade, enxergar obstáculo à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ainda que para os casos que desafiam o precatório, com vistas, unicamente, a celerizar a formação do mesmo.

³⁸MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. p.210

³⁹CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. Cit. , pág.

À luz do escopo de uma maior efetividade dos meios processuais e em atenção ao art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não se pode deixar de admitir a aplicação da antecipação de tutela, prevista no art. 273 do CPC, em ações contra o Poder Público.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela. p. 170

V - BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol. 2, 6ªed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- ALVIM, Eduardo Arruda. Curso de Direito Processual Civil, vol.1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A Tutela Inibitória da Vida Privada, 1ª ed. , São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Da Antecipação de Tutela no Processo Civil, Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- CASTELO, Jorge Pinheiro. Tutela Antecipada, 1ª ed., LTR editora, São Paulo, 1999.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. Saggi di diritto processuale civile. vol.I, Milano: Giuffrè, 1993
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996.
- A Instrumentalidade do Processo, 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. 1ª ed, 3ª impressão, Editora Nova Fronteira.
- FRIAS, J. E. S. Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública, RT 728/60.
- FRIEDE, Reis. Tutela Antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar, 4ªed., Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- LEAL, Rosemiro Pereira. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.2. n 3 e 4, Editora PUC Minas. 1999.

- LEITE, Eduardo de Oliveira. A Monografia Jurídica. 3ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.
- LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- MACHADO, Hugo de Brito. Tutela jurisdicional antecipada na repetição do indébito tributário, *in* Revista Dialética de Direito Tributário, nº 5.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A Antecipação da Tutela, 3ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1997.
- _____ A Antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996.
- _____ Efetividade do Processo e Tutela de Urgência, 1ª ed., Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1994.
- _____ Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória, 1ª ed., Revista dos tribunais, 1992.
- MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil, 1ª ed., vol. 2, Campinas, Bookseller, 1997.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da Legalidade da Antecipação de Tutela Contra o Poder Público – Controle Efetivo dos Atos Administrativos, Porto Alegre: Síntese, 1998.
- MIRANDA, Francisco C. Pontes de. Tratado das Ações, v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- NERY JUNIOR, Nelson. Atualidades Sobre o Processo Civil, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade, Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- PASSOS, J.J. Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997.

PAVAN, Dorival R. e CARVALHO, Cristiane da Costa, Tutela Antecipada em Face da Fazenda Pública Para Recebimento de Verbas de Cunho Alimentar, RePro 91/137.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. Curso de Processo Civil, vol.1., 3ª ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997.

_____ Antecipação de Tutela: Duas Perspectivas de Análise, GenesisProc, 5/403, CaJur 1/237.

_____ A 'antecipação' da tutela na recente reforma processual, in Reforma do Código de processo Civil, São Paulo: Saraiva, 1996.

TALAMINI, Eduardo. Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de Não Fazer, 1ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1, 22ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação da tutela e colisão dos direitos fundamentais, em Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: ED. Saraiva, 1996.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, Antecipação da Tutela em Face da Fazenda Pública, RePro 87/32.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). Curso Avançado de Processo Civil, vol.1, 3ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais,2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos da Antecipação de tutela, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.